



Volume: 3 Issues: 13 [December, 2018] pp.263-274
International Journal of Law, Government and Communication
eISSN: 0128-1763
Journal website: www.ijgc.com

PENGUNAAN UNDANG-UNDANG JENAYAH DALAM JANGKITAN HIV/AIDS SECARA SEKSUAL DI UNITED KINGDOM: SUATU CABARAN

THE USE OF CRIMINAL LAW IN SEXUALLY TRANSMITTED HIV/AIDS IN UNITED KINGDOM: A CHALLENGE

Marina Hj Hashim¹
Asmar Abdul Rahim²
Mazita Mohamed³

^{1,2,3} School of Law, UUM Collage of Law, Government and International Studies, Universiti Utara Malaysia.
Email: ¹marina@uum.edu.my, ²asmar@uum.edu.my, ³mazita@uum.edu.my

Accepted date: 16-12-2018

Published date: 31-12-2018

To cite this document: Hj Hashim, M., Abdul Rahim, A. & Mohamed, M. (2018). Penggunaan Undang-Undang Jenayah Dalam Jangkitan HIV/AIDS Secara Seksual Di United Kingdom: Suatu Cabaran. *International Journal of Law, Government and Communication*, 3 (13), 263-274.

Abstrak: United Kingdom telah menggunakan undang-undang jenayah bagi menangani isu jangkitan HIV/AIDS secara seksual yang dilakukan dengan niat dan gopoh. Penggunaan undang-undang jenayah ini telah mengundang beberapa isu dari segi pembuktian. Justeru itu, objektif utama artikel ini ialah untuk membincangkan latar belakang penggunaan undang-undang jenayah dalam preventasi kelakuan yang merebakkan HIV/AIDS secara seksual dan juga cabaran dari segi pembuktian bahawa telah berlakunya jangkitan HIV/AIDS. Bagi penulisan artikel yang berbentuk konseptual ini kajian perpustakaan telah digunakan. Hasil dapatan menunjukkan, bagi menangani isu rebakkan HIV/AIDS secara seksual di United Kingdom, Offences Against Person Act (OAPA) 1861 telah digunakan. Justeru itu, tidak wujud satu akta yang spesifik bagi rebakkan HIV/AIDS secara seksual. Bagi membuktikan telah berlaku jangkitan HIV terdapat beberapa cabaran yang dihadapi oleh pihak pendakwa. Antara cabaran yang timbul ialah dari segi pembuktian mens rea, kecederaan, jangkitan atau penyebab, kematian mana-mana pihak sebelum kes selesai dan kerelaan.

Kata Kunci: HIV/AIDS, Jenayah, Preventasi Dan Hubungan Seksual, Offences Against Person Act (OAPA) 1861.

Abstract: The United Kingdom used criminal law to address the sexually transmitted HIV/AIDS issues. The use of the criminal law raised several issues relating to evidence. Hence, the main objective of this article is to discuss the background of the use of criminal law in the

prevention of sexually transmitted HIV/AIDS as well as the challenges in proving that there has been an infection of HIV/AIDS sexually. In writing this conceptual article, the study applied a library based research. The findings showed that, the Offences Against Person Act (OAPA) 1861 has been used in addressing the issue of sexually transmitted HIV/AIDS in the United Kingdom. Hence, there is no specific statute for sexually transmitted HIV/AIDS. In order to prove that there has been an HIV infection, there are some challenges faced by the prosecution. Among the challenges are proving the mens rea, injury, infection or cause, the death of any party before the completion of the case and consent.

Keywords: HIV/AIDS, Crime, Prevention and Sexual Intercourse, Offences Against Person Act (OAPA) 1861.

Pengenalan

Menurut Chalmers (2008) isu HIV/AIDS di United Kingdom merupakan satu isu di bawah kesihatan awam, namun isu ini tidak dibincangkan secara meluas oleh undang-undang kesihatan awam. Terdapat beberapa Akta berkaitan jangkitan HIV/AIDS di United Kingdom, iaitu *AIDS Control Act 1987*, *Public Health (Control of Disease) Act 1984* dan *Public Health (Infectious Disease) Regulations 1988*. Penggunaan undang-undang kesihatan awam ini yang tidak mendalam dalam konteks HIV/AIDS telah menimbulkan banyak masalah (Weait, 2007). Walaupun profesional dari kesihatan seksual telah melakukan banyak usaha untuk mengurangkan atau membasmi jangkitan HIV/AIDS, namun ianya masih gagal (Lo, 2008). Justeru itu, beberapa negara di Eropah telah beralih kepada penggunaan undang-undang jenayah dalam menangani isu jangkitan HIV/AIDS melalui hubungan seksual. Oleh itu, United Kingdom telah mengambil langkah yang sama iaitu menangani isu jangkitan HIV/AIDS secara seksual menggunakan undang-undang jenayah.

Latarbelakang Penggunaan Undang-Undang Jenayah Ke Atas Perlakuan Merebakkan HIV/AIDS

Hukuman jenayah ke atas jangkitan HIV secara seksual dalam sistem keadilan jenayah di England, Wales dan juga Ireland Utara bermula pada tahun 1998. Pada tahun 1998, Home Office telah mengusulkan satu kertas kerja yang bertajuk *Violence: Reforming the Offences Against Person Act 1861* (Home Office, 1998) yang bertujuan membincangkan penggunaan *Offences Against Person Act 1861* bagi perbuatan merebakkan HIV/AIDS kepada mereka yang mengetahui atau berniat menjangkiti penyakit berjangkit yang serius.

Hasil daripada perbincangan ini ialah *Home Office* telah mencadangkan bahawa satu Akta yang spesifik tidak diwujudkan. Ini adalah kerana peruntukan undang-undang yang sedia ada sudah mencukupi bagi menangani isu ini. Begitu juga cadangan bagi mengenakan hukuman jenayah bagi perbuatan merebakkan HIV yang dilakukan secara gopoh juga telah dibantah (Doods, Weatherburn, Hickson, Keogh & Nutland, 2005; Elliot & Quiin, 2006).

Pada peringkat awal pendakwaan hanya akan dilakukan di bawah seksyen 18 *Offences Against Person Act 1861* (OAPA 1861) dalam kes yang secara berniat menjangkiti orang lain dengan HIV, di England, Wales dan juga Ireland Utara (Home Office, 1998). Walau bagaimanapun *Crown Prosecution Services* (CPS) telah mengeluarkan satu polisi pada tahun 2003, iaitu pendakwaan bagi kes jangkitan HIV akan dibuat bagi jangkitan dilakukan dengan niat dan juga gopoh. Ini jelas dapat dilihat dari pensabitan Mohammed Dica pada November 2003 (*R v Dica* [2004]), di mana pendakwaan dilakukan di bawah seksyen 20 OAPA. Selepas

keputusan kes Mohammed Dica, tren menunjukkan bahawa kebanyakan pendakwaan terhadap mereka yang telah menjangkiti virus HIV secara seksual kepada rakan seks telah menggunakan seksyen 20 OAPA.

Bloy dan Parry (1996) menyatakan seksyen 18 OAPA digunakan apabila seseorang itu tahu dia adalah HIV positif, dan mengadakan hubungan seksual dengan niat untuk menjangkiti rakan seksualnya. Sementara, seksyen 20 digunapakai apabila defendan tahu mengenai status HIV positifnya, mengadakan hubungan seks dengan rakan seksualnya dengan mengetahui bahawa dia boleh menjangkiti kepada rakannya. Dalam konteks ini, kecederaan boleh dibuktikan apabila rakan seksual telah meninggal dunia, disebabkan oleh AIDS, yang dijangkiti daripada defendan semasa mereka mengadakan hubungan seksual.

Menurut Simester dan Sullivan (2004) seseorang yang dijangkiti HIV, dikatakan mengalami kecederaan parah pada badan kerana jangkitan HIV akan merosakkan sistem imunisasi. Ini akan menyebabkan pertahanan badan menjadi lemah dan akhirnya akan menghidap berbagai penyakit yang kronik. Menurut *Home Office* (1998) mereka yang secara berniat menjangkiti penyakit kepada orang lain bertanggungjawab di bawah undang-undang jenayah. Walau bagaimanapun, penggunaan OAPA bagi perlakuan merebakkan HIV secara niat dan gopoh bukanlah satu perkara yang mudah. Pihak pendakwaan telah menghadapi beberapa masalah dari segi pembuktian seperti yang akan dibincangkan di bawah ini.

Masalah Pembuktian

Penggunaan undang-undang jenayah dalam jangkitan HIV secara seksual telah menimbulkan beberapa masalah dari segi pembuktian. Antaranya ialah pembuktian *mens rea*, kecederaan, jangkitan atau penyebab, kematian mana-mana pihak sebelum kes selesai dan kerelaan.

Mens rea

Pendakwaan bagi jangkitan HIV melalui hubungan seksual di England boleh dilakukan di bawah seksyen 18 bagi jangkitan yang dilakukan secara berniat dan seksyen 20 OAPA 1861 bagi jangkitan yang dilakukan secara gopoh. Walau bagaimanapun, apa yang dijelas daripada kes yang telah diputuskan, kebanyakan dakwaan dibuat menggunakan seksyen 20 OAPA 1861.

Bagi pendakwaan menurut seksyen 18, perlu dibuktikan bahawa defendan mempunyai niat untuk menjangkiti rakan seksualnya dengan HIV. Ini bermaksud defendan mesti mempunyai pengetahuan bahawa dia adalah HIV positif, dan dia berkemungkinan menjangkiti rakan seksual. Kesamaran dalam membuktikan *mens rea* akan menyebabkan batasan dalam membuktikan niat sukar untuk ditetapkan. Bagi mengatasi masalah ini, perkataan niat dalam undang-undang perlu diberi makna yang tepat iaitu, menghendaki seseorang untuk menjangkiti seseorang, dan kemudiannya bertindak dalam apa-apa cara untuk membuatkan perkara itu berlaku (Nyambe & Hayes, 2009)

Membuktikan bahawa defendan yang HIV positif melakukan hubungan seksual dengan niat untuk menjangkiti rakan seksualnya adalah suatu perkara yang sukar. Jangkitan yang berlaku pula adalah di luar kawalan defendan. Bagi mengatasi masalah ini, pihak pendakwa boleh menyatakan bahawa dengan mengadakan hubungan seksual, kebarangkalian untuk berlaku penukaran cecair dalam badan defendan kepada plaintif adalah tinggi (Ormerond, 2001). Satu cara lagi bagi mengatasi masalah membuktikan niat ialah dengan menjadikan kesalahan menjangkiti HIV sebagai satu kesalahan tanggungan keras, dan menjadikan pengetahuan

mengenai status HIV sebagai satu ‘*affirmative defense*’ (Ruby, 1999). Hermann (1990) berpendapat masalah ini boleh diatasi dengan menggubal satu undang-undang khusus berkaitan dengan perbuatan menjangkiti virus HIV.

Sementara itu elemen kesalahan yang perlu dibuktikan di bawah seksyen 20 ialah gopoh dan ianya berbentuk subjektif. Seseorang itu dikatakan gopoh jika dia mengetahui mengenai risiko untuk mencederakan orang dan akhirnya mencederakan seseorang (Weait & Aizad, 2005). Bagi tujuan ini, *Crown Prosecution* (2009) telah mengeluarkan satu garis panduan yang mendefinisi gopoh sebagai “... ‘*Recklessness*’ in this context means defendant foresaw that the complainant might contract the infection via unprotected sexual activity but still when on to take the risk.”

Oleh kerana gopoh adalah subjektif, maka dalam konteks jangkitan HIV terdapat dua kategori gopoh. Pertama, defendan dikatakan gopoh jika dia mempunyai pengetahuan mengenai status HIVnya, kerana dia menjalani ujian HIV, dan dia telah menjangkiti orang lain. Pengetahuannya ini membolehkan defendan disabitkan dengan tuduhan. Kedua, defendan tidak pernah menjalani ujian, tetapi sedar bahawa dia mungkin HIV positif kerana dia melibatkan diri dalam aktiviti yang berisiko untuk dijangkiti, dan defendan telah menjangkiti orang lain, maka dia juga dikatakan bertindak gopoh dan boleh disabitkan dengan kesalahan (Spencer, 2004). Mereka yang tergolong dalam kedua-dua kategori ini dikatakan telah bertindak gopoh secara subjektifnya (Weait & Aizad, 2005).

Menurut Weait dan Aizad (2005), Mahkamah Rayuan dalam kes *Konzani* [2005] telah memberi definisi yang luas kepada maksud gopoh iaitu gopoh secara keseluruhannya tidak hanya bermaksud sekadar sedar akan risiko akan berlaku sesuatu. Gopoh bukan sahaja melibatkan pralihat akan risiko, tetapi juga ‘*non-disclosure*’. Oleh kerana ‘*non-disclosure*’ akan menyebabkan kejahilan, dan seseorang yang dijangkiti oleh virus akibat daripada kejahilan tidak boleh memberikan kerelaan secara sedar kepada risiko untuk dijangkiti.

Sebagai kesimpulannya, dalam membuktikan niat dan gopoh perlu dilihat daripada tindakan seseorang defendan itu. Defendan dikatakan berniat untuk menjangkiti mangsa dengan virus HIV jika dia mengetahui status HIV positif. Jika dia tidak mengetahui status HIVnya, tetapi dia pernah melibatkan diri dalam aktiviti berisiko tinggi untuk dijangkiti, dan dia telah menjangkiti mangsa dengan virus ini, maka dia dikatakan telah bertindak gopoh. Bukti-bukti lain seperti dendam ataupun permusuhan juga mungkin boleh dibawa dalam membuktikan niat.

Pembuktian Kecederaan

Elemen *actus reus* perlu dibuktikan bagi setiap kesalahan jenayah. Pembuktian *actus reus* ini merupakan satu persoalan fakta yang ditentukan oleh mahkamah. Dalam konteks jangkitan HIV, kecederaan yang dialami tidak secara spesifik dinyatakan dalam undang-undang jenayah, namun dalam membuktikan liabiliti jenayah pihak pendakwa perlu membuktikan bahawa defendan telah menyebabkan seseorang mengalami kecederaan badan yang parah (Weait, 2007). Yang lebih penting lagi kecederaan parah pada badan ini diiktiraf sebagai suatu kecederaan fizikal yang boleh digunakan sebagai justifikasi dalam mengenakan hukuman kepada mereka yang menjangkiti orang lain dengan virus ini.

Beberapa isu penting perlu dipertimbangkan dalam membuktikan ‘kecederaan’ dalam konteks jangkitan HIV, seperti peringkat perkembangan AIDS (Claire, 2001) dan juga maksud

kecederaan. Memahami peringkat perkembangan HIV/AIDS, adalah penting kerana ia akan memberi kesan yang besar dalam aplikasi undang-undang jenayah. Peringkat pertama jangkitan di panggil *asymptomatic* di mana seseorang itu hanya akan mengetahui bahawa dia telah dijangkiti oleh virus HIV sekiranya dia menjalani ujian darah.

Justeru itu, pembuktian ‘kecederaan’ pada peringkat ini adalah sukar kerana mangsa tidak tahu bahawa dia telah dijangkiti, kecuali jika dia telah menjalani ujian darah. Hanya satu cara yang boleh dilakukan iaitu dengan melihat sama ada mangsa telah terlibat dalam aktiviti yang berisiko tinggi untuk dijangkiti. Walau bagaimanapun, pembuktian ‘kecederaan’ dengan cara ini adalah sukar untuk berjaya.

Peringkat kedua jangkitan dipanggil *symptomatic*. Pembuktian ‘kecederaan’ pada peringkat ini lebih mudah kerana mangsa akan menunjukkan tanda-tanda jangkitan. Mangsa akan berjumpa doktor dan menjalani ujian darah. Mangsa akhirnya akan mengetahui mengenai jangkitan melalui ujian darah. Seterusnya pada peringkat akhir jangkitan, mangsa hanya menunggu saat kematian kerana jangkitan virus HIV telah bertukar kepada AIDS. Pembuktian ‘kecederaan’ pada peringkat ini juga bukanlah perkara yang sukar. Namun, persoalan lain yang timbul ialah sama ada mangsa akan mendakwa tertuduh yang juga menunggu saat kematiannya dan juga sama ada mangsa berpeluang untuk melihat proses pendakwaan dilakukan? Walau bagaimanapun, kejelasan yang terdapat dalam undang-undang jenayah, membolehkan pendakwaan dilakukan, dan ini akan bertindak sebagai langkah pencegahan terhadap mereka yang bercita-cita untuk melakukan jenayah (Claire, 2001).

Secara praktikalnya, bagi pembuktian ‘kecederaan’ terhadap mangsa dalam konteks hubungan seksual, mangsa biasanya apabila melaporkan kejadian yang berlaku ke atas mereka, akan menjalani pemeriksaan kesihatan. Maka, ujian HIV boleh dilakukan waktu itu, ataupun beberapa minggu selepas itu kerana HIV mengambil masa untuk bertindak. Ketepatan masa tuntutan boleh diukur dari tarikh plaintif mendapati, atau sepatutnya telah mengetahui bahawa rakannya adalah positif HIV, berbanding dengan tarikh di mana HIV telah sebenarnya dijangkiti kepada plaintif (Forest & Duer, 1995). Mungkin juga pemeriksaan berkala boleh dilakukan terhadap mangsa dalam menentukan sama ada mangsa telah dijangkiti HIV atau pun tidak. Dalam kes di mana mangsa telah dirogol oleh ramai lelaki, mungkin terdapat masalah dalam pembuktian ‘kecederaan’, iaitu dalam membuktikan tertuduh manakah yang telah menjangkiti mangsa dengan HIV/AIDS.

Persoalan seterusnya ialah, adakah rebakan atau jangkitan HIV merupakan satu jenis kecederaan pada badan yang diterima oleh undang-undang jenayah dan juga sama ada kecederaan fizikal ataupun kecederaan psikiatri termasuk dalam kategori ‘kecederaan pada badan’? Ini kerana adakah simptom psikiatri seperti *dementia* yang ditunjukkan di peringkat *AIDS Related Complex* (ARC) boleh dimasukkan dalam definisi ‘kecederaan’? *Dementia* ialah kegilaan yang disertai dengan hilangnya kuasa berfikir disebabkan penyakit atau kecederaan. Isu lain yang timbul ialah adakah undang-undang jenayah boleh digunakan dalam ‘kecederaan psikiatri,’ kerana bagi kecederaan jenis ini mangsa tidak mengalami kecederaan pada badan?

Dalam kes *R v Chan-Fook* [1994] telah dibuktikan secara klinikal kecederaan psikiatri merupakan satu kecederaan pada badan menurut seksyen 47 *Offences Against Person Act 1861* (OAPA 1861) (*assault occasioning actual bodily harm*). Sementara itu kes *R v Ireland*

dan *Burstow* [1998] menegaskan ‘kecederaan psikiatri yang serius’ bersamaan dengan ‘kecederaan badan yang parah’ di bawah seksyen 20 dan 18 OAPA 1861.

Pembuktian Jangkitan atau Penyebab (Causation)

Jangkitan HIV dikatakan berlaku apabila virus yang hadir dalam badan perumah telah dipindahkan kepada orang lain. Dalam membuktikan penyebab, pihak pendakwa perlu menunjukkan mangsa telah dijangkiti HIV daripada defendan dan membuktikan dua perkara. Pertama, mangsa tidak dijangkiti oleh HIV sebelum perlakuan defendan terhadapnya. Kedua, perlu dibuktikan bahawa mangsa tidak dijangkiti oleh sumber lain selepas melakukan hubungan dengan defendan (Hermann, 1990)

Keputusan dalam kes *R v Ireland* dan *R v Burstow* secara prinsipnya menyatakan seseorang yang menjangkiti orang lain dengan HIV boleh didakwa. Masalah yang timbul ialah membuktikan bahawa defendanlah yang telah menjangkiti virus kepada pengadu. Ianya akan menjadi lebih rumit lagi jika terdapat kemungkinan pengadu juga telah dijangkiti HIV daripada orang lain selain daripada defendan.

Dalam konteks jangkitan HIV ataupun penyakit berjangkit yang lain terdapat masalah dalam membuktikan bahawa defendan merupakan penyebab bagi jangkitan HIV yang dialami oleh pengadu (Weait, 2007). Dalam kes kecederaan yang biasa, kecederaan seperti calar, patah tulang ataupun kecederaan dalaman dapat dilihat dengan mata kasar. Oleh itu, adalah mudah untuk membuktikan bahawa defendan yang menyebabkan kecederaan kepada pengadu. Namun, jangkitan HIV melalui hubungan seksual yang berlaku secara senyap tidak dapat dilihat dengan mata kasar dan kadang-kadang jangkitan berlaku tanpa pengetahuan atau kawalan defendan. Maka, dalam keadaan ini, adalah sukar untuk membuktikan bahawa defendan adalah punca bagi jangkitan yang dialami oleh pengadu (Weait, 2007).

Justeru itu, dalam membuktikan berlakunya jangkitan HIV satu kaedah yang dikenali sebagai ‘*phylogenetic analysis*’ telah digunakan. ‘*Phylogenetic analysis*’ ialah cara bagi menentukan perhubungan antara dua contoh HIV adalah daripada sumber yang berbeza dengan membuktikan perbezaan genetik antara kedua-duanya. Pengiraan yang kompleks dengan menggunakan komputer dilakukan bagi mengenalpasti perbezaan genetik daripada sumber yang berbeza, akan menggambarkan persamaan di antara dua genetik tersebut dan sejauhmana persamaan yang wujud antara keduanya.

Walau bagaimanapun, oleh kerana HIV tidak seperti DNA yang hanya unik untuk seseorang individu, dan disebabkan oleh HIV yang memendap dalam sel perumah, ‘*phylogenetic analysis*’ hanya boleh memberikan anggaran perkaitan antara sampel berbanding dengan padanan yang pasti (Weait, 2007).

‘*Phylogenetic analysis*,’ ini telah digunakan sebagai bukti dalam menentukan bahawa defendan yang menjadi punca jangkitan kepada pengadu dalam kes jenayah di England dan Amerika Syarikat (Albert, Wahlberg, Leitner, Escanilla & Uhen, 1994). Di England, pertama kali analisa ini digunakan dalam satu kes pada tahun 1992, apabila peguambela kepada seorang lelaki yang didapati bersalah merogol dan berniat menjangkiti seorang wanita dengan virus HIV telah meminta laporan berkaitan dengan virus bagi melihat perkaitan baka (*strain*) antara kedua-dua pihak. Pada peringkat rayuan sabitan dikekalkan berdasarkan laporan ini dan juga bukti-bukti lain.

Walaupun '*phylogenetic analysis*' ini mempunyai kelemahan, ia bukanlah satu alasan untuk menolak analisa ini daripada digunakan sebagai bukti bahawa defendan telah menjangkiti pengadu dengan virus HIV. Ini adalah kerana, ujian ini dapat memberikan perkaitan genetik daripada dua sumber HIV yang berbeza. Jika dapat dibuktikan bahawa terdapat perkaitan antara contoh HIV yang di ambil daripada defendan dengan pengadu, maka pihak pendakwa telah berjaya membuktikan terdapat kes terhadap defendan, maka beban pembuktian akan berpindah kepada defendan untuk menafikannya. Masalah mungkin timbul jika pengadu berkemungkinan telah dijangkiti oleh virus HIV daripada ramai defendan, maka agak sukar menentukan siapakah yang sebenarnya telah menjangkiti virus ini kepada pengadu. Namun, jika dapat dibuktikan terdapat perkaitan antara HIV daripada mana-mana defendan dengan pengadu, satu kes untuk dibicarakan telah berjaya dibuktikan oleh pendakwa. Dengan itu, beban pembuktian telah berpindah kepada defendan. Maka setiap daripada defendan tersebut perlu membuktikan bahawa mereka bukanlah orang yang sebenarnya menjangkiti virus tersebut kepada pengadu. Jika gagal berbuat demikian, mereka boleh disabitkan dengan kesalahan kerana menjangkiti virus HIV kepada pengadu. (Marina Hashim, 2014)

Analisa '*phylogenetic*' juga boleh disokong dengan pembuktian keadaan (*circumstantial evidence*) bagi menguatkan kes yang dibawa oleh pendakwa. Jika analisa ini ditolak hanya kerana ia tidak dapat memberikan padanan yang pasti antara dua sumber HIV, maka ketidakadilan akan timbul kerana orang yang menjangkiti virus HIV kepada mangsa akan terlepas tanpa dibicarakan atau dihukum, dan pengadu akan hidup dalam kebingungan, stigma dan sebagainya kerana tiada pembelaan dari segi undang-undang. (Marina Hashim, 2014).

Menurut Hermann (1990) masalah berkaitan pembuktian 'penyebab' boleh diatasi dengan mewujudkan satu peruntukan khusus dalam akta yang hanya memfokus kepada keperluan membuktikan bahawa defendan telah melibatkan diri dalam kelakuan yang berkemungkinan menjangkiti virus daripada membuktikan bahawa defendan telah menjangkiti pengadu dengan virus HIV.

Kematian Mana-Mana Pihak Sebelum Kes Selesai

HIV yang menyebabkan AIDS adalah merbahaya dan mungkin menyebabkan kematian kepada tertuduh dan juga mangsa. Jika tertuduh meninggal dunia sebelum hukuman dijatuhkan, maka pendakwaan tidak dapat diteruskan. Jika tertuduh dibebaskan dan pihak pendakwaan membuat rayuan, dan tertuduh meninggal dunia sebelum rayuan diputuskan, maka rayuan ini terbatal (Chua, Kam Tuck, 1992/3 & Seksyen 320 Kanun Prosedur Jenayah Malaysia). Begitu juga, jika mangsa meninggal dunia sebelum perbicaraan tamat, maka pendakwaan tidak dapat diteruskan (Marina Hashim, 2014).

Namun begitu, kematian pasti berlaku kepada setiap insan bukan sahaja kepada mereka yang didakwa kerana menjangkiti HIV. Pesalah yang didakwa kerana melakukan lain-lain kesalahan juga akan meninggal dunia. Penemuan ubatan telah dapat memanjangkan usia mereka yang mempunyai HIV (Testimoni mangsa AIDS, 2011) dan ini tidak bermakna dengan melambatkan kematian mereka ini, hukuman yang setimpal boleh dikenakan terhadap mereka. Tujuan hukuman yang dikenakan ke atas mereka bukan atas dasar mereka mempunyai HIV/AIDS tetapi kerana mereka telah menjangkiti virus ini kepada orang lain tanpa kerelaan mangsa. Sesiapa yang melakukan kesalahan perlu dihukum, walaupun mereka ini mempunyai HIV/AIDS.

Memenjara mereka yang menjangkiti virus ini kepada orang lain bukanlah perkara yang mustahil kerana mahkamah di England dan Amerika Syarikat telah bertindak menjatuhkan hukuman penjara kepada mereka yang mempunyai HIV/AIDS dan menjangkiti orang lain dengan virus ini. Pengalaman daripada kedua-dua negara ini dalam mengimplementasi hukuman penjara, mungkin boleh dicontohi dalam usaha membasmi jangkitan HIV/AIDS secara seksual (Marina Hashim, 2014).

Kerelaan

Bennett, Draper dan Frith (2000) menyatakan antara masalah menghukum jenayah perbuatan menjangkiti HIV ialah membuktikan bahawa suatu kesalahan telah dilakukan kerana adalah sukar untuk membuktikan bahawa defendan telah memberi amaran yang secukupnya kepada mangsa mengenai status HIVnya. Begitu juga, tindakan menghukum jenayah sesuatu hubungan seksual oleh orang dewasa dengan kerelaan walaupun ia melibatkan kecederaan, adalah suatu pelanggaran hak asasi (Artikel 8).

Walaupun bagaimanapun, menghukum jenayah sesuatu jangkitan yang dilakukan secara '*non-consensual*,' boleh dijustifikasikan kerana tindakan mereka yang meletakkan rakan seksual dalam risiko untuk dijangkiti HIV adalah salah dari segi moral dan juga undang-undang (Bennett, Draper & Frith, 2000).

Isu kerelaan merupakan perkara penting bagi membangkitkan liabiliti dalam jangkitan HIV. Ini disebabkan defendan mungkin akan menggunakan pembelaan bahawa (a) mangsa telah memberikan kerelaan untuk dijangkiti atau pun risiko untuk dijangkiti ataupun (b) jika tiada kerelaan, defendan percaya bahawa mangsa telah memberikan kerelaan. Defendan akan di bebaskan jika kedua-dua hujah ini berjaya dibuktikan, walaupun defendan mengaku bahawa dia adalah punca bagi jangkitan mangsa dan dia sedar mengenai risiko jangkitan mungkin akan berlaku.

Dalam kes *R v Bennet* (1866), seorang lelaki telah didapati bersalah melakukan serangan lucah apabila dia melakukan hubungan seks dengan anak saudaranya yang berumur tiga belas tahun. Walaupun, anak saudaranya itu bersetuju untuk tidur bersama dengannya, dia tidak mengetahui yang bapa saudaranya menghidap penyakit kelamin. Diputuskan bahawa, persetujuan yang diberikan itu telah terbatal disebabkan frod oleh bapa saudaranya.

Begitu juga dalam kes *R v Sinclair* (1867), di mana seorang lelaki telah mengadakan hubungan seks dengan seorang budak perempuan yang berumur dua belas tahun, dan menjangkitinya dengan gonorea. Mahkamah telah memutuskan, persetujuan yang diberikan oleh budak perempuan itu terbatal, kerana dia tidak mengetahui yang lelaki itu menghidapi gonorea. Lelaki itu akhirnya disabitkan dengan kesalahan menyebabkan kecederaan parah pada badan kepada mangsa.

Dalam kes di mana mangsa tidak diberitahu mengenai status HIV pelaku, dan mangsa memberikan kerelaan kepada suatu hubungan seksual, dia tidak boleh dikatakan telah memberikan kerelaan untuk dijangkiti dengan virus yang merbahaya seperti HIV. Seterusnya, jika mangsa telah diberitahu mengenai status HIV oleh rakan seksualnya, dan masih rela untuk melakukan hubungan seksual tersebut, persoalannya ialah sama ada kerelaan yang diberikan itu sah dan bukannya akibat daripada perasaan takut ataupun penipuan? Tidak dinafikan dijangkiti HIV dan menghidap AIDS merupakan suatu kecederaan parah pada badan. Manakala undang-undang pula melarang seseorang untuk memberikan kerelaan

kepada suatu perbuatan yang boleh mencederakan dirinya, kecuali perbuatan tersebut termasuk dalam pengecualian (Warbuton, 2004).

Kes utama mengenai keesahan kerelaan ialah *R v Brown* [1994], di mana kes ini adalah berkaitan dengan kecederaan yang dialami dalam konteks '*sado-masochistic sex*' (kegembiraan dan keseronokan diseksa dalam melakukan seks). Kes ini merupakan autoriti bagi kenyataan yang seseorang itu tidak boleh memberi persetujuan bagi mencederakan diri sendiri oleh orang lain. Mahkamah Rayuan walau bagaimanapun, menyatakan hakim perbicaraan telah silap dari segi undang-undang, dan memutuskan bahawa jangkitan HIV dalam konteks hubungan seksual adalah berbeza. Dalam kes *Brown*, kecederaan yang dialami adalah yang sengaja dilakukan, manakala kecederaan dalam kes jangkitan HIV merupakan satu nasib malang disebabkan melibatkan diri dalam aktiviti yang berisiko. Seks merupakan satu aktiviti yang melibatkan risiko sama ada risiko dijangkiti penyakit ataupun kehamilan.

Menurut Chalmers (2002), berdasarkan kes *Brown*, jelas bahawa Mahkamah Inggeris memutuskan bahawa kerelaan kepada risiko untuk dijangkiti HIV adalah suatu kerelaan yang sah. Pendapat Chalmers dikongsi oleh Ruby (1999) yang menyatakan, jika seseorang individual telah memberitahu status HIV kepada rakan seksualnya, dan rakan seksual tersebut dengan relanya melakukan hubungan yang selamat, maka tiada pendakwaan boleh dibuat. Manakala Omerond (2001) pula menyatakan berdasarkan kes *Brown* kerelaan yang diberikan oleh mangsa untuk dcederakan hanya akan menerbitkan pembelaan jika ia tergolong dalam pengecualian. Namun, hubungan seksual yang merebakkan penyakit bukanlah termasuk dalam kategori pengecualian. Menurutny lagi mangsa yang rela untuk mendedahkan dirinya kepada risiko untuk dijangkiti boleh juga didakwa.

Walau bagaimanapun, Bennett, Draper dan Lucy Frith (2000) berpendapat dalam konteks jangkitan HIV yang direbakkan melalui hubungan seksual yang dilakukan dengan persetujuan, seseorang itu tidak boleh dikatakan telah bersetuju untuk dcederakan (*self-inflicted harm*) kecuali, dapat dibuktikan bahawa individu tersebut bersetuju kepada risiko untuk dijangkiti. Persoalan seterusnya ialah menentukan berapa banyak maklumat yang perlu untuk menjadikan suatu persetujuan untuk dijangkiti HIV sebagai sah dan juga sama ada kerelaan yang diberikan akan menjadikan kecederaan itu sebagai '*self-inflicted*'. Dalam kes jangkitan yang dilakukan dengan niat, kerelaan yang diberikan oleh mangsa untuk melakukan hubungan seksual tidak boleh digunakan sebagai pembelaan oleh defendan (The Crown Prosecution Office, 2009).

Menurut Chalmers (2008), keperluan yang menghendaki defendan untuk memberitahu rakan seksualnya mengenai status HIVnya secara tidak langsung bermaksud defendan mesti tahu bahawa dia mempunyai HIV. Tindakan ini menurutnya akan menyebabkan mereka yang mengesyaki diri mereka mempunyai HIV akan mengelak untuk menjalani ujian dengan harapan mereka tidak akan dihukum kerana tidak mengetahui status HIV yang sebenar. Menurutny lagi bagi mengatasi keadaan ini, undang-undang Inggeris dalam sesetengah keadaan akan menganggap '*wilful blindness*' ini bersamaan dengan pengetahuan.

Terdapat juga keadaan di mana mangsa tidak diberitahu oleh tertuduh mengenai status HIVnya, tetapi mangsa telah mengetahuinya dari sumber lain, seperti mendapat maklumat ketika sama-sama dirawat di hospital. Dalam konteks ini, apakah kerelaan yang diberikan oleh mangsa ini boleh digunakan oleh tertuduh sebagai satu pembelaan ataupun bolehkah tertuduh mengatakan dia percaya dengan suci hati bahawa mangsa bersetuju kerana mangsa

telah mengetahui mengenai status HIVnya? Isu di atas telah diputuskan dalam kes *Konzani* [2005] EWCA 706 apabila mahkamah menyatakan, jika seseorang itu mengetahui mengenai status HIV tertuduh dari sumber lain dan dia bersetuju melakukan hubungan seksual dengan tertuduh, tertuduh boleh menggunakan kerelaan tersebut sebagai pembelaan atau pun menyatakan bahawa tertuduh percaya dengan suci hati bahawa seseorang itu telah memberikan kerelaan. Dalam kes ini juga, mahkamah menyatakan terdapat perbezaan yang besar antara '*running a risk*' dengan '*consenting to a risk*.' Menurut Weait dan Yusof Aizad (2005), penggunaan pembelaan bahawa defendan percaya dengan 'suci hati' plaintif telah memberikan kerelaan kepada suatu perhubungan seksual yang berisiko dibimbangi akan disalahguna oleh defendan.

Mohammed Dica dalam *R v Dica* [2004] EWCA Crim 1103 mengatakan bahawa mangsa telah memberikan kerelaan kepada kecederaan yang diakibatkan oleh jangkitan HIV, kerana mangsa bersetuju untuk mengadakan hubungan seksual tanpa perlindungan. Walau bagaimanapun, hujahnya ini ditolak oleh mahkamah. Mahkamah Rayuan dalam kes ini menyatakan jika terdapat kerelaan daripada pihak yang mengadu, ianya boleh digunakan sebagai pembelaan.

Sementara itu dalam kes *Konzani*, perayu mengaku bahawa, dia telah bertindak gopoh apabila mengadakan hubungan seksual tanpa perlindungan setelah mengetahui statusnya yang HIV positif. Mahkamah juga mengatakan, pembelaan bagi kerelaan hanya boleh diterima jika ia diberi secara sedar dan sukarela. Kerelaan yang diberikan dalam keadaan sedar dan sukarela, boleh wujud apabila seseorang yang HIV positif telah memberitahu statusnya kepada rakan seksual yang dijangkitinya sebelum suatu perhubungan seksual. Oleh kerana *Konzani* gagal untuk memberitahu status HIVnya, maka kerelaan yang sah di sisi undang-undang tidak wujud.

Berdasarkan perbincangan di atas, dalam membuktikan telah berlakunya sesuatu kesalahan jenayah, pihak pendakwa akan mengalami kesukaran membuktikan elemen-elemen sesuatu jenayah itu, begitu juga dalam konteks jangkitan HIV melalui hubungan seksual. Walau bagaimanapun, penggunaan undang-undang jenayah dalam mengatasi isu ini juga mempunyai kebaikan (Claire, 2011). Antaranya, ia dapat mengelak diskriminasi kerana pendakwaan dilakukan bukan kerana seseorang itu mempunyai HIV, tetapi kerana dia menjangkiti seseorang dengan virus ini. Penggunaan undang-undang jenayah juga dapat memastikan orang awam dilindungi jika berlaku risiko jangkitan dan ianya tidak mengganggu kehidupan peribadi mereka.

Kesimpulan

Sebagai kesimpulannya, United Kingdom telah menurut jejak langkah beberapa negara Eropah dalam menggunakan undang-undang jenayah (OAPA 1891) bagi menangani isu jangkitan HIV/AIDS secara seksual. Pendekatan ini digunakan memandangkan penggunaan undang-undang kesihatan dalam menangani isu HIV/AIDS secara seksual telah menimbulkan masalah. Justeru itu, seksyen 18 memperuntukkan kesalahan bagi jangkitan yang dilakukan dengan niat, manakala seksyen 20 OAPA 1861 telah digunakan bagi jangkitan yang dibuat dengan gopoh. Namun, penggunaan OAPA 1891 ini bukanlah satu langkah yang mudah kerana beberapa isu mengenai pembuktian perlu dihalusi oleh pihak pendakwaan.

Penghargaan

Penulis-penulis ingin merakamkan penghargaan kepada Kementerian Pendidikan Malaysia atas pembiayaan penyelidikan ini melalui geran FRGS dengan kod S/O 13236.

Rujukan

- Albert J, Wahlberg J, Leitner, T, Escanilla, D & Uhen, M, 'Analysis of A Rape Case by Direct Sequencing of the HIV- 1 Pol and Gag Genes', (1994). 68 *Journal of Virology*, hlm 5918-5924.
- Bennett, R., Draper, H., & Frith, L. (2000). Ignorance is Bliss? HIV and Moral Duties and Legal Duties to Forewarn. 26 *Journal of Medical Ethics* 9-15, hlm 9.
- Bloy, D & Parry, P. (1996). *Principles of Criminal Law*. (Edisi ke 2). London: Cavendish Publishing Limited.
- Chalmers, J. (2002). The Criminalisation of HIV Transmission. 28 *Journal of Medical Ethics*, 162.
- Chalmers, J. (2008). *Legal Responses to HIV and AIDS*. United Kingdom: Hart Publishing.
- Chua, Kam Tuck.1992/93. HIV Transmission. Tesis LLB. Univerity Malaya. Kuala Lumpur.
- Claire, S. (2001). Why Parliament Should Create HIV Specific Offences. *Web Journal Current Legal Issues*. Vol 2.
- Doods C, Weatherburn P, Hickson F, Keogh P & Nutland W. (2005). Grievous Harm? Use of the Offences Against Act 1861 for Sexual Transmission of HIV, Briefing Paper. [online] Available at: <<http://www.sigmaresearch.org.uk/downloads/report05b.pdf>>diakses [28 Disember 2006].
- Elliot, C & Quinn, F. (2006). *Criminal Law*. (Edisi ke 6). Great Britian: Pearson Education Limited.
- Forest, D & Duer. (1995). Courts Holds HIV Is Not a "Veneral Disease," but Is a "Toxic Tort". Volume 2, Issue 5 *New York Health Law Update*, hlm 1
- Gostin, L. (1989). The Politics of AIDS: Compulsory State Powers, Public Health and Civil Liberties. *Ohio State Law Journal*. Vol 49(4): 1017 -1038.
- Hermann, D, H. J. (1990). Criminalising Conduct Related to HIV Transmission. 9 *Saint Louis University Public Law Review*. 359.
- Home Office 1998, S3.20 Violence : Reforming the Offences Against th Person Act 1861 [1998] <http://www.homeoffice.gov.uk/documents/cons-1998-violence-reforming-law/>> diakses (18 November 2009).
- Home Office 1998, Violence : Reforming the Offences Against the Person Act 1861 [1998] <http://www.homeoffice.gov.uk/documents/cons-1998-violence-reforming-law/>> diakses (18 November 2009).
- Marina Hashim. (2014). *Pemindahan HIV/AIDS Secara Seksual: Sejauh Manakah Pemakaian Undang-Undang Jenayah Dan Cabarannya Di Malaysia*. (Unpublished doctoral thesis). Universiti Kebangsaan Malaysia, Malaysia.
- Nyambe, M. & Hayes, H. Criminalisation Of HIV Transmission in Europe – A Rapid Scan of the Laws and Rates of Prosecutions for HIV transmission within signatory States of The European Convention of Human Rights <http://www.gnpplus.net/criminalisation/index.shtm>.> diakses (8 March 2009).
- Omerond, D. (2001). Criminalizing HIV Transmission – Still No Effective Solutions. 30 (2) *Common Law World Review*, 135, hlm 137.
- Ruby, R. (1999). Note: Apprehending the weapon within: the case for criminalizing the intentional transmission of HIV. *American Criminal Law Review*. 36 (Spring, 1999).
- Simester, A.P & Sullivan, G.R. (2004). *Criminal Law Theory and Doctrine* (Edisi. ke 2). Portland, Oregon: Hart Publishing.

- Spencer, J. (2004). Liability for Reckless Infection- part 2. 154 (7121) *New Law Journal*, 448, hlm 451.
- Testimoni oleh mangsa AIDS, Bengkel “Wanita, Gadis Dan HIV/AIDS”, 30 & 31 Mei 2011, Universiti Sains Malaysia, Pulau Pinang.
- The Crown Prosecution Service, Intentional or Reckless Sexual transmission Of Infection [2009] http://www.cps.gov.uk/legal/h_to_k/intentional_or_reckless_sexual_transmission_of_infection/ diakses (8 Mac 2009).
- THT: Information resources: Policy: Our Prosecutions policy: Policy background http://www.tht.org.uk/informationresources/policy/our_prosecutionspolicy/background/ diakses (8 Mac 2009).
- Warbuton, D. (2004). A Critical Review of English Law in Respect of Criminalising Blameworthy Behaviour By HIV + Individuals. *Journal of Criminology Law*, 68, 55, hlm 7.
- Weait, M & Aizad, Y ‘The Criminalisation of HIV Transmission in England and Wales: Questions of Law and Policy’ (2005), 10 (2) *HIV/AIDS Policy & Law Review* 4, hlm 5.
- Weait, M. (2007). *Intimacy and Responsibility the Criminalisation of HIV Transmission*. Routledge – Cavendish: New York.

Akta

The Offences Against Person Act 1861

Kes-kes

Konzani [2005] EWCA 706
R v Bennet (1866) 4 F&F 1105
R v Brown [1994] 1 AC 212
R v Chan-Fook [1994] 1 WLR 689
R v Dica [2004] EWCA Crim 1103
R v Ireland dan Burstow [1998] AC147
R v Sinclair (1867) 13 Cox CC 28